

Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone

Ghislain Otis

Volume 47, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043911ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043911ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Otis, G. (2006). Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone. *Les Cahiers de droit*, 47(4), 781–814. <https://doi.org/10.7202/043911ar>

Résumé de l'article

Dans cette brève étude, l'auteur s'attache à démontrer qu'il faut revoir la place du territoire dans la mise en oeuvre de l'autonomie gouvernementale autochtone. Il analyse, dans la première partie du texte, les conditions d'émergence de formes territoriales et non territoriales (personnelles) d'organisation du pouvoir dans les États pluricommunautaires ou multinationaux. Il se penche ensuite, dans la seconde partie, sur le rôle que devrait jouer chacun de ces modèles dans la gouvernance autochtone au Canada. Partant du constat que l'enchevêtrement spatial des populations allochtones et autochtones s'inscrit durablement dans l'évolution démographique du Québec et du Canada, l'auteur avance qu'il est devenu impérieux de dépasser la territorialité sans la renier pour aménager l'espace constitutionnel nécessaire à l'autonomie politique autochtone.

Pour la majorité des peuples autochtones, la terre et ses ressources constitueront le support de compétences gouvernementales se traduisant par un contrôle de la terre et des rapports entre les personnes et la terre. En revanche, une obédience stricte aux diktats de la territorialité pourrait créer une impasse préjudiciable à la capacité des peuples autochtones de se gouverner, surtout lorsqu'un nombre significatif de leurs membres vivent en dehors du territoire communautaire ou encore dans le cas des communautés qui n'ont pas de territoire propre et qui ne pourront, de manière réaliste, se voir reconnaître des droits exclusifs sur des terres à court terme. Pour certaines de ces communautés, le règlement de la question territoriale pourrait ne pas suffire à mettre fin à leur dispersion minoritaire en milieu allochtone de sorte que, dans ce cas, les compétences personnelles plutôt que territoriales s'avèreraient une solution permanente. L'auteur fait enfin valoir que lorsque les non-membres vivant en territoire autochtone ne jouissent pas de tous les droits politiques inhérents à la citoyenneté canadienne, le principe de personnalité pourrait s'appliquer de manière à soustraire ces non-membres à l'application des certaines lois autochtones n'influant pas sur le contrôle autochtone de la terre. Le principe de personnalité viendrait ici conforter la légitimité démocratique du pouvoir autochtone et faciliter la coexistence harmonieuse des populations sans compromettre la mainmise des peuples autochtones sur l'exercice de leurs droits historiques.

Territorialité, personnalité et gouvernance autochtone*

Ghislain OTIS**

Dans cette brève étude, l'auteur s'attache à démontrer qu'il faut revoir la place du territoire dans la mise en œuvre de l'autonomie gouvernementale autochtone. Il analyse, dans la première partie du texte, les conditions d'émergence de formes territoriales et non territoriales (personnelles) d'organisation du pouvoir dans les États pluricommunautaires ou multinationaux. Il se penche ensuite, dans la seconde partie, sur le rôle que devrait jouer chacun de ces modèles dans la gouvernance autochtone au Canada. Partant du constat que l'enchevêtrement spatial des populations allochtones et autochtones s'inscrit durablement dans l'évolution démographique du Québec et du Canada, l'auteur avance qu'il est devenu impérieux de dépasser la territorialité sans la renier pour aménager l'espace constitutionnel nécessaire à l'autonomie politique autochtone.

Pour la majorité des peuples autochtones, la terre et ses ressources constitueront le support de compétences gouvernementales se traduisant par un contrôle de la terre et des rapports entre les personnes et la terre. En revanche, une obédience stricte aux diktats de la territorialité pourrait créer une impasse préjudiciable à la capacité des peuples autochtones de se gouverner, surtout lorsqu'un nombre significatif de leurs membres vivent en dehors du territoire communautaire ou encore dans le cas des communautés qui n'ont pas de territoire propre et qui ne pourront, de manière réaliste, se voir reconnaître des droits exclusifs sur des terres à court terme. Pour certaines de ces communautés, le règlement de la question territoriale pourrait ne pas suffire à mettre fin à leur dispersion minoritaire en milieu allochtone de sorte que, dans ce cas, les compétences

* Cette étude a été réalisée avec l'appui financier de la Commission du droit du Canada et du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Cet article est la version française originale d'un texte qui paraîtra également en langue anglaise dans un ouvrage collectif publié par UBC Press.

** Professeur, Faculté de droit, Université Laval.

personnelles plutôt que territoriales s'avéreront une solution permanente. L'auteur fait enfin valoir que lorsque les non-membres vivant en territoire autochtone ne jouissent pas de tous les droits politiques inhérents à la citoyenneté canadienne, le principe de personnalité pourrait s'appliquer de manière à soustraire ces non-membres à l'application des certaines lois autochtones n'influant pas sur le contrôle autochtone de la terre. Le principe de personnalité viendrait ici conforter la légitimité démocratique du pouvoir autochtone et faciliter la coexistence harmonieuse des populations sans compromettre la mainmise des peuples autochtones sur l'exercice de leurs droits historiques.

In this brief study, the author seeks to demonstrate the necessity of reviewing the role played by territory in aboriginal self-government. In part one, he examines how territorial and non-territorial (personal) forms of power structures emerge in multi-community or multi-national states. He then turns, in part two, to the role that each such model should play in aboriginal governance in Canada. Based upon the observation that the coexistence of aboriginal and non aboriginal populations within shared territories is becoming a permanent part of the demographic evolution of Québec and Canada, the author proposes that the time has come to go beyond the concept of territoriality, without abandoning it, in making constitutional space for aboriginal self-government.

For the majority of aboriginal peoples, the land and its resources form the bedrock of governmental jurisdiction, which in turn gives rise to control over land and the relationships between people and such land. Nonetheless, strict obedience to the diktats of territoriality may engender an impasse harmful to the capacity of aboriginal peoples to govern themselves, especially when significant numbers of community members live outside the community land base or, still, in cases where communities without any territory of their own cannot realistically lay claim to any exclusive land rights on a short-term basis. For some of these communities, the settlement of territorial issues may not resolve the fact of their minority dispersal in non-aboriginal territories. In their case, personal rather than territorial jurisdictions will prove to be a permanent solution. The author goes on to emphasize that when non-members living on aboriginal territories do not enjoy all the political rights inherent in Canadian citizenship, the personality principle could apply so as to

shield them from the application of certain aboriginal laws that do not affect aboriginal control over the land. The personality principle would in this case consolidate the democratic legitimacy of aboriginal self-government and facilitate the harmonious coexistence of populations without compromising aboriginal peoples control over the exercise of their historic rights.

	<i>Pages</i>
1 Les principes de territorialité et de personnalité dans les États pluricommunautaires ou multinationaux.....	784
1.1 La territorialité.....	784
1.2 La personnalité	786
1.3 La territorialité et le pluralisme national ou communautaire	790
1.4 Le dépassement du territoire ou le champ possible du principe de personnalité	792
2 La territorialité et la personnalité dans la gouvernance autochtone au Canada.....	797
2.1 De la terre ancestrale au territoire.....	797
2.2 L'incontournable territoire dans la quête d'autonomie gouvernementale autochtone	798
2.3 Au-delà du territoire : les autochtones dispersés en milieu allochtone	801
2.4 Les « minorités intérieures » en territoire autochtone	806
Conclusion.....	812

«Le politique n'est ni naturellement
ni universellement territorialisable.»

B. Badie¹

Le temps est-il venu de repenser le rôle du territoire dans la mise en œuvre de l'autonomie politique des peuples autochtones du Canada? Jusqu'à récemment, la question aurait pu choquer tellement le modèle de territorialité politique introduit par l'arrivée de l'État semblait parfaitement assimilé tant par les acteurs gouvernementaux que par la plupart des chefs

1. B. BADIE, *Fin des territoires: essai sur le désordre international et sur l'utilité sociale du respect*, Paris, Fayard, 1995, p. 46.

autochtones, ces derniers craignant, non sans raison d'ailleurs, qu'une remise en cause irréfléchie de l'ancrage spatial du pouvoir ne vienne consacrer la confiscation de leurs terres ancestrales. Il est toutefois de plus en plus évident que, compte tenu des réalités démographiques, économiques et politiques actuelles, la recherche sur la gouvernance autochtone ne peut éluder une réflexion fondamentale sur la territorialité et son dépassement dans l'organisation politique des États pluricommunautaires ou multinationaux. Comment, en effet, persister à concevoir l'autonomie politique autochtone en termes de territorialité exclusive dès lors que, comme nous l'expliquerons plus loin, les personnes se jouent de plus en plus des frontières entre l'« autochtonie » et la société majoritaire ?

Cette brève étude a donc pour objet d'esquisser une réponse à la question posée au départ et qui consiste en définitive à se demander si le politique autochtone est nécessairement ou universellement « territorialisable ». Dans la première partie du texte, nous examinons comment se manifestent les formes territoriales et non territoriales (personnelles) d'organisation du pouvoir dans les États soucieux d'aménager sur le plan institutionnel la coexistence de nations ou de groupes ethnoculturels historiques ou fondateurs. Nous nous penchons ensuite, dans la seconde partie, sur le rôle que devrait jouer chacun de ces modèles dans la gouvernance autochtone au Canada. Ces quelques pages traitent donc des caractéristiques fondamentales de la territorialité et de la personnalité comme modes de délimitation du pouvoir et des ordres juridiques. L'analyse fine et technique de l'ensemble des dispositifs nécessaires à la mise en place d'institutions gouvernementales autochtones personnelles, plutôt que purement territoriales, est un travail considérable dont il vaudra mieux rendre compte ailleurs.

1 Les principes de territorialité et de personnalité dans les États pluricommunautaires ou multinationaux

1.1 La territorialité

Le territoire témoigne d'un rapport spécifique du politique à l'espace dans la théorie et la pratique constitutionnelles modernes. L'histoire de la territorialité est indissociable de celle de l'émergence progressive de l'État :

[Le] territoire et son corollaire, la frontière, sont des inventions de l'État. La représentation d'un espace géographique homogène, délimité par une frontière précise et linéaire, et sur lequel se déploie la volonté du Prince d'une manière

uniforme et en tout point identique, n'est pas antérieure à la fin du Moyen Âge ou au début de l'époque moderne².

L'orthodoxie territorialiste veut que le contrôle d'un substrat spatial géométriquement délimité soit la condition *nécessaire et suffisante* du pouvoir et de la validité de l'ordre juridique. La figure du territoire comme condition *nécessaire* de l'ordre juridique repose sur deux postulats : 1) il n'y a de pouvoir et d'ordre juridique que *par* le territoire ; et 2) il n'existe de pouvoir et d'ordre juridique que *dans* le territoire. Selon le premier postulat, le territoire constitue le foyer essentiel de fixation du droit, point de souveraineté ou de pouvoir sans une emprise spatiale, de sorte qu'une collectivité humaine sans territoire propre ne saurait prétendre à aucun ordre juridique différencié. L'autre postulat veut que, sauf exception, le territoire marque la limite de validité d'un ordre juridique. Au-delà du territoire, point d'ordre juridique.

La figure du territoire comme condition *suffisante* de l'ordre juridique se concrétise par le fait que « la simple localisation sur, ou le rattachement au, territoire, d'un sujet de droit, la réalisation d'un acte, la survenance d'un fait ou d'une situation sont susceptibles de constituer un critère discriminant d'application d'une règle, matérielle comme procédurale³ ». Autrement dit, le seul rattachement territorial suffit pour assujettir l'ensemble de la population à l'ordre juridique. C'est dire que la logique territoriale est une logique d'uniformité normative faisant que les devoirs, les libertés et les droits des personnes seront les mêmes pour tous.

Ainsi, le territoire est le théâtre de la loi commune et sa fonction n'est pas seulement de fournir le cadre de contrôle d'une population et d'un espace physique. Sa configuration et son bornage deviennent en plus « le principe structurant d'une communauté politique⁴ ». La dimension démotique du territoire paraît ici évidente, c'est-à-dire que l'approche purement territoriale procède d'une démarche de construction unitaire du « démos » entendu comme substrat humain de l'ordre juridique⁵. La territorialité institue un seul démos, une seule communauté politique définie par la

-
2. J. POUMARÈDE, « Approche historique du droit des minorités et des autochtones », dans N. ROULAND (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 74. Voir également B. BADIE, *op. cit.*, note 1, p. 17, à la page 51.
 3. D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 1475, s.v. « territoire ».
 4. B. BADIE, *op. cit.*, note 1, p. 12.
 5. Pour une analyse de la dimension démotique du droit constitutionnel, voir V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2004, p. 291, à la page 297.

simple occupation d'un espace commun. C'est ainsi que le territoire a une fonction unificatrice : le démos étant un, le pouvoir est un, l'ordre juridique est un. La représentation libérale classique du territoire en fait la condition d'un espace public indifférent aux altérités ethnoculturelles. Cette idée est porteuse de liberté et d'égalité en ce qu'elle annonce une identité «territorialement construite plutôt que culturellement donnée⁶». La territorialité devient le principe constitutif d'une communauté politique du sol transcendant les allégeances communautaires et l'unicité de l'ordre juridique territorial apparaît comme la condition d'une véritable citoyenneté partagée. C'est dans cette perspective que s'inscrit le propos de Portalis qui écrivait que «les hommes qui dépendent de la même souveraineté sans être régis par les mêmes lois sont nécessairement étrangers les uns aux autres⁷».

Outre sa valeur démotique, la territorialité permet la rationalisation de la gestion des affaires publiques. Elle assure la centralisation du pouvoir au niveau local ou régional, ce qui peut accroître l'efficacité administrative⁸. La prise de décision concentrée simplifie l'organisation politique et administrative, ce qui diminue les occasions de conflits de lois et l'incertitude juridique qui en découle.

1.2 La personnalité

La «personnalité» des lois (ou du droit) signifie que le droit applicable à un individu, donc son assujettissement à un ordre juridique, est déterminé non pas exclusivement en fonction de son rattachement territorial mais sur la base de son appartenance personnelle à une communauté ou à un groupe national donné⁹. Alors que la territorialité suppose que le pouvoir politique s'exerce par la médiation du sol, la personnalité fait que ce pouvoir s'exerce à travers le contrôle direct des personnes et des groupes. Par conséquent, selon le principe de personnalité, divers groupes ethniques ou nationaux dont la localisation spatiale est commune peuvent néanmoins être régis par des règles juridiques qui leur sont propres et, par conséquent, il est possible de parler d'une communautarisation ou d'une «ethnisation» du droit. Dans les États modernes où elle a cours, la personnalité des lois n'est jamais intégrale, c'est-à-dire qu'elle vaudra

6. B. BADIE, *op. cit.*, note 1, p. 48.

7. A. KHAIR, «Les communautés religieuses au Liban, personnes morales de droit public», dans CEDROMA (Centre d'étude du monde arabe, Université Saint-Joseph), *Droit et religion*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 457, à la page 467.

8. R.J. JOHNSTON et autres, *The Dictionary of Human Geography*, 4^e éd., Malden, Blackwell Publishers, 2000, p. 823-824, s.v. «territoriality».

9. R. ROUQUETTE, *Dictionnaire du droit administratif*, Paris, Éditions du Moniteur, 2002, p. 585, s.v. «personnalité», et p. 794, s.v. «territorialité».

pour certaines questions seulement, alors que les autres matières relèveront des règles d'application territoriale, donc opposables à l'ensemble des personnes se trouvant dans une unité territoriale sans égard à leur affiliation communautaire ou nationale¹⁰.

Le principe de personnalité constitue, en fait, une manifestation multi-séculaire et pré-étatique du pluralisme juridique qui a été déclinée selon des modalités institutionnelles et dans des contextes politiques fort divers mais qui, chaque fois, a relayé des phénomènes identitaires forts¹¹. Certains ont pu y recourir en situation de contact ou de mélange de populations hétérogènes sur le plan ethnoculturel mais à même de nouer une relation relativement égalitaire. L'autonomie personnelle peut représenter, dans ce cas, une forme originale de « fédéralisme personnel » en présence d'entités politiques communautaires entretenant entre elles et avec l'État des rapports comportant les caractéristiques habituellement associées au modèle fédéral¹².

Marqueur d'une frontière à la fois juridique et culturelle, la personnalisation du droit a aussi permis, en contexte colonial ou « para-colonial¹³ », la ségrégation du colonisateur et du colonisé en exemptant, par exemple, le colon européen du droit indigène africain tenu pour inférieur et donc réservé aux seuls autochtones¹⁴. Sous l'angle des rapports entre cultures et

10. Voir notamment l'utilisation de la personnalité des lois dans les États suivants : Liban, France (Nouvelle-Calédonie), États-Unis, Belgique, Estonie, Hongrie.
11. Par exemple, si, dans les monarchies franques, les lois personnelles ont persisté pendant des siècles après la chute de l'Empire romain, ce serait parce que « l'attachement à la pratique d'un droit ethnique a constitué un puissant marqueur d'identité » : voir J. POUMARÈDE, *op. cit.*, note 2, p. 59.
12. S. PIERRÉ-CAPS, *La multination : l'avenir des minorités en Europe centrale et orientale*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995, p. 255, à la page 282 ; A. MESSARRA, *La gouvernance d'un système consensuel : le Liban après les amendements constitutionnels de 1990*, Beyrouth, Librairie orientale, 2003, p. 67, à la page 108 ; A. MESSARRA, « Principe de territorialité et principe de personnalité en fédéralisme comparé : le cas du Liban et perspectives actuelles pour la gestion du pluralisme », dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états : gouvernance, identité et méthodologie*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 254, à la page 256.
13. J. LAFON, « Les capitulations ottomanes : un droit para-colonial ? », (1998) 28 *Droits* 155.
14. Voir N. ROULAND, « Le droit des peuples autochtones », dans N. ROULAND (dir.), *Droit des minorités et des peuples autochtones*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 509, à la page 511 ; sous le régime des capitulations, les étrangers occidentaux échappaient à la loi territoriale et aux juridictions de la puissance où ils vivaient, tout en bénéficiant d'un régime de personnalité qui les assujettissait aux lois de leur pays d'origine : J. LAFON, *loc. cit.*, note 13. Ce régime a souvent été perçu comme une façon, pour les puissances occidentales, de soustraire leurs ressortissants à des lois et à des juridictions tenues pour primitives.

traditions juridiques hétérogènes, toutefois, la personnalité a souvent été une protection «du droit du plus faible» contre l'acculturation :

De tout temps, la reconnaissance par la société dominante de statuts personnels, en partie dérogoire au droit commun, fut un des moyens d'aménager la coexistence juridique sur des points sensibles. Elle permet à certaines populations de continuer à jouir légalement de certains particularismes, tout en modifiant de ce fait le système juridique global, dans lequel se trouve injectée une certaine dose de pluralisme¹⁵.

Nous pouvons distinguer la personnalité agissant comme simple critère d'application d'une norme de la personnalité opérant comme critère d'attribution et de délimitation d'une compétence normative. Dans le premier cas de figure, un pouvoir central choisit de soumettre différents groupes ethniques à des lois diverses qu'il édicte lui-même en fonction des multiples cultures juridiques présentes sur le territoire¹⁶. S'il existe alors pluralité de régimes personnels, il y a unicité du foyer d'édition de ces régimes multiples. Le principe de personnalité n'est pas, dans ce cas, l'instrument d'un aménagement pluraliste du pouvoir mais d'un aménagement communautaire du domaine du droit, c'est-à-dire qu'il y a alors personnalité des lois applicables à chaque groupe mais non autonomie politique et normative de ces groupes.

Dans le second cas de figure, le principe de personnalité se traduit par une véritable «autonomie personnelle», parfois aussi qualifiée de «culturelle»¹⁷ de chaque groupe national qui jouit, pour un ensemble de matières, d'une autorité gouvernementale exclusivement opposable à ses membres

15. N. ROULAND, «Acculturation juridique», dans D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, note 3, p. 4.

16. Ainsi, pendant le haut Moyen Âge, les rois francs et germaniques établis dans l'ancienne Gaule romaine ont adopté, sur leur territoire respectif, des lois distinctes pour chacun des groupements ethniques soumis à leur autorité. Voir, notamment, J. BART, *Histoire du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 7-8. Il existe aujourd'hui un cas de figure semblable dans certains pays où l'État a adopté, pour diverses communautés religieuses, des lois distinctes en matière de mariage et de divorce. Voir A. SHACHAR, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, p. 79-80. Au Canada, la compétence exclusive du parlement fédéral relativement aux «Indiens» permet au législateur fédéral de soumettre ceux-ci à des lois personnelles distinctes pour un ensemble de matières, ce qu'il a fait en partie dans le domaine des successions et de la capacité des personnes.

17. Parce que les organes autonomes fondés sur le principe de personnalité auront souvent des compétences se rapportant aux matières tenues pour essentielles à la sauvegarde et à la promotion de la culture distinctive d'une collectivité, certains auteurs parlent d'«autonomie culturelle», qu'ils opposent à l'«autonomie territoriale»; voir par exemple: R. BAUBÖCK, «Autonomie territoriale ou culturelle pour les minorités nationales?», dans A. DIECKHOFF (dir.), *La constellation des appartenances: nationalisme, libéralisme*

plutôt qu'à l'ensemble des personnes situées sur un territoire donné. L'autonomie personnelle opère de la sorte un découplage du droit et de l'espace. Alors que la territorialité est porteuse d'uniformité, la personnalité incruste la diversité et la complexité. L'histoire offre plusieurs exemples, anciens ou récents, de différents modèles de gouvernance minoritaire fondés sur le principe de personnalité¹⁸.

Bien sûr, la référence territoriale n'est jamais complètement évacuée puisque ce n'est que parce qu'il y a coexistence d'une pluralité de communautés différenciées *au sein d'un même espace relevant de la souveraineté territoriale étatique* que se pose la question de l'organisation personnelle du pouvoir¹⁹. Il sera tout de même possible de parler de *personnalité plénière* dès lors que le critère de personnalité est l'unique facteur attributif de compétence aux institutions d'un groupe, sans référence spatiale autre que celle qui est inhérente à l'État. En d'autres termes, le droit généré par le groupe est susceptible de s'appliquer aux individus en faisant partie quel que soit leur domicile sur le territoire de l'État. Il y aura *personnalité simple* lorsque l'appartenance personnelle à un groupe, tout en constituant la condition nécessaire du jeu d'une compétence et de l'application d'une norme, se trouve néanmoins combinée à une exigence de rattachement à une partie spécifique du territoire étatique²⁰.

et pluralisme, Paris, Presses de sciences po, 2004, p. 317 ; W. KYMLICKA, « La justice et la sécurité dans la prise en compte du nationalisme minoritaire », dans A. DIECKHOFF (dir.), précité, p. 181.

18. Pour un survol bref et complet des précédents en la matière, de l'Empire ottoman à la législation récente en Europe centrale et orientale, voir J. MCGARRY et M. MOORE, « Karl Renner, Power Sharing and Non-Territorial Autonomy », dans E. NIMNI (dir.), *National Cultural Autonomy and its Contemporary Critics*, Londres, Routledge, 2005, p. 75, aux pages 79-80.
19. Comme le fait observer Pierré-Caps, « le principe de personnalité ne peut fonctionner sans principe territorial. Les deux principes se rapportent même dialectiquement l'un à l'autre : le principe personnel individualise les nations en même temps qu'il les fait exister juridiquement ; le principe territorial organise les nations en même temps qu'il les fait coexister juridiquement » : S. PIERRÉ-CAPS, « Le principe de l'autonomie personnelle : une solution d'avenir ? », dans A. DIECKHOFF (dir.), *op. cit.*, note 17, p. 371, à la page 383.
20. Sur ce point, voir le cas notoirement complexe de la compétence personnelle des communautés linguistiques en Belgique, cas exposé par M. FARRELL et L. VAN LANGENHOVE, « Towards Cultural Autonomy in Belgium », dans E. NIMNI (dir.), *supra*, note 18, p. 222 ; J. POIRIER, « Protection constitutionnelle des minorités linguistiques : un exercice-fiction de transposition du modèle fédéral belge au Canada », (2006) 31 *Sup. Ct. L. Rev.* 161, aux pages 173-182.

1.3 La territorialité et le pluralisme national ou communautaire

Dès lors que coexistent au sein d'un même territoire étatique plusieurs groupes nationaux ou ethnoculturels, la dynamique d'uniformisation normative inhérente à la territorialité pose le problème de l'aménagement institutionnel de la diversité, y compris la diversité des cultures ou des traditions juridiques. Dans la perspective du libéralisme classique, le territoire est une instance culturellement neutre où une citoyenneté universalisée l'emporte sur les particularismes identitaires et les solidarités communautaires. Or l'expérience vécue vient le plus souvent démentir ce postulat d'un ordre territorial aveugle aux projets différentialistes et imperméable aux instrumentalisations identitaires. Même dans les États libéraux et démocratiques, le territoire sert à la construction d'une « culture sociétale commune » qui véhicule presque inmanquablement des traits culturels du groupe national numériquement majoritaire dont les membres se trouvent *de facto* favorisés quant à leur capacité d'accéder à cette culture commune et d'en tirer profit²¹.

L'unité démotique que tend à construire la territorialité se heurte à la réalité concrète de sociétés hétérogènes, à la pluralité de groupes mus par une conscience identitaire et nationale créant de la sorte « la nécessité d'appréhender le substrat humain de l'État comme une pluralité institutionnalisée, organisée et contrôlée dans la coexistence de groupes infranationaux²² ». Lorsque le mythe de la territorialité neutre et universelle est reconnu pour ce qu'il est, le peuplement composite d'un État peut induire la constitution d'une territorialité intra-étatique destinée à satisfaire aux revendications autonomistes. Dans ce cas, la mise en œuvre de l'autonomie politique d'un groupe infra-étatique procède de la cartographie ethnoculturelle qui consiste à faire, par un travail de fragmentation interne de l'espace étatique, d'une minorité nationale à l'échelle de l'État une majorité gouvernante au sein d'un segment territorial régional ou local. La frontière politique est alors modulée pour épouser les contours des zones d'implantation majoritaire des différents groupes nationaux vivant sur le territoire d'un État.

Il s'agit en fait de reconduire dans la strate infra-étatique la technique territoriale de construction nationale tempérée par l'appartenance

21. Voir notamment W. KYMLICKA, « Le nouveau débat sur les droits des minorités », dans I. SCHULTE-TENCKHOFF (dir.), *Altérité et droit, contributions à l'étude du rapport entre droit et culture*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 91, à la page 110 ; J. MACLURE, « Entre le culturel et le civique : les voies (accidentées) de l'accommodement raisonnable », *Cités*, vol. 23, n° 57, 2005, p. 61.

22. V. CONSTANTINESCO et S. PIERRÉ-CAPS, *op. cit.*, note 5, p. 301.

commune des composantes nationales aux instances étatiques supranationales. À l'instar du territoire, le démos n'est plus un mais multiple au sein de l'ordonnement de l'État, étant entendu que la cartographie linéaire des nations engendrera des unités démotiques infra-étatiques juxtaposées dans l'espace et mutuellement exclusives plutôt qu'enchevêtrées. Pour décrire les formes les plus achevées de territorialité intra-étatique organisant le voisinage politique de groupes ethnoculturels ou nationaux distinctifs, les politologues parlent de «fédération multinationale» :

Quoiqu'elles ne soient pas toutes des fédérations au sens technique, elles incarnent toutes un modèle d'État dans lequel le lien fédératif des minorités nationales prend la forme d'une autonomie territoriale et dans lequel des frontières internes ont été tracées et des pouvoirs distribués de manière que chaque groupe national puisse exister en tant que culture sociétale distincte et autonome²³.

La question du pluralisme territorial paraît incontournable dès lors qu'un groupe national se trouve aujourd'hui majoritaire sur un espace à l'égard duquel il peut légitimement revendiquer un rattachement historique. Opérer une césure juridique nette entre une telle nation et le territoire pour n'appliquer qu'un principe de pure autonomie personnelle serait, dans la majorité des cas, problématique. Dans sa version occidentale moderne, l'idée de l'autonomie personnelle ou «culturelle» des collectivités nationales infra-étatiques s'est largement diffusée grâce, en particulier, aux travaux d'Otto Bauer²⁴ et de Karl Renner sur la question dite «des nationalités» de l'ancien Empire austro-hongrois²⁵. Or Renner, en proposant d'évacuer le territoire, a certainement sous-estimé son importance pour la pérennité des groupes nationaux.

L'autonomie purement personnelle fait l'impasse sur le rôle souvent fondateur de la territorialité dans l'imaginaire et la construction identitaire des collectivités nationales²⁶. En outre, le territoire forme le socle d'un faisceau de compétences économiques, sociales et culturelles qui sont toutes de nature à renforcer la capacité d'un groupe national à reproduire

23. Voir W. KYMLICKA, *loc. cit.*, note 17, 186.

24. Voir notamment O. BAUER, *La question des nationalités et la social-démocratie*, t. 2, Paris, Arcantère Éditions, 1987.

25. K. RENNER, *La nation, mythe et réalité*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1998 ; SYNOPTICUS, *Staat und Nation*, Vienne, 1899, III ; R. SPRINGER, *Der Kampf der österreichischen Nationen um den Staat*, Leipzig-Vienne, Deuticke, 1902 ; G. HAUPT, M. LÖWY et C. WEILL, *Les marxistes et la question nationale 1848-1914*, 2^e éd., Paris, Éditions L'Harmattan, 1997, p. 111.

26. J. MCGARRY et M. MOORE, *loc. cit.*, note 18, 83 ; G.B. LEVEY, «National Cultural Autonomy and Liberal Nationalism», dans E. NIMNI (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 150, à la page 154.

et à perpétuer sa culture et son identité²⁷. Le territoire offre notamment un lieu de diffusion de la langue et des symboles nationaux dans la sphère publique ; il permet au groupe majoritaire de maintenir, dans des domaines clés de l'action gouvernementale, un ordre juridique conforme à sa culture juridique.

C'est pourquoi les groupes nationaux concentrés sur un territoire où ils constituent historiquement une majorité ne demandent généralement pas l'autonomie personnelle dont ils ne se satisferont d'ailleurs pas²⁸. La promotion d'une telle autonomie par les pouvoirs en place leur paraîtra à juste titre suspecte si elle procède simplement d'une volonté de contention ou d'étouffement de la revendication territoriale au nom de la raison d'État. Les tenants de la « déterritorialisation » optimale des nations sont en effet souvent motivés par des préoccupations stratégiques qui éclipsent les visées pluralistes. En dissociant territoire et nation, Renner voulait conjurer la décomposition de l'Empire austro-hongrois et faciliter l'émergence d'un socialisme transcendant les clivages nationaux au sein d'un État sécurisé²⁹. De même, dans les États d'Europe centrale et orientale ayant recouvré leur souveraineté ou l'ayant nouvellement acquise, l'autonomie personnelle pour les minorités nationales est souvent mise en avant pour contrer toute menace sécessionniste³⁰. Or rien ne garantit que la répression sécuritaire des revendications d'autonomie territoriale intra-étatique favorisera à terme la stabilité, voire l'intégrité de ces États³¹.

Force est de conclure que le territoire sera durablement un enjeu de la gouvernance multinationale ou multicommunautaire.

1.4 Le dépassement du territoire ou le champ possible du principe de personnalité

L'écho retentissant que trouvent aujourd'hui les travaux de Renner dans les sphères scientifique et politique tient non seulement aux considérations sécuritaires mentionnées plus haut, mais aussi à la multiplication des revendications autonomistes dans des contextes démographiques et politiques sans cesse plus complexes ou explosifs. En fait, plus les popu-

27. J. MCGARRY et M. MOORE, *loc. cit.*, note 18, 82-84.

28. W. KYMLICKA, *loc. cit.*, note 17, 213-214 ; G.B. LEVEY, *loc. cit.*, note 26, 155-156 ; R. BAUBÖCK, « Political Autonomy or Cultural Minority Rights ? A Conceptual Critique of Renner's Model », dans E. NIMNI (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 102, à la page 105.

29. S. PIERRÉ-CAPS, *loc. cit.*, note 19, 385.

30. W. KYMLICKA, *loc. cit.*, note 17, 213-214 ; W. KYMLICKA, « Renner and the Accommodation of Sub-State Nationalism », dans E. NIMNI (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 143, à la page 146 ; J. MCGARRY et M. MOORE, *loc. cit.*, note 18, 80-82.

31. W. KYMLICKA, *loc. cit.*, note 17, 212, 218.

lations sont entremêlées et plus le poids démographique et la concentration géographique des groupes nationaux sont faibles, moins les montages territoriaux conventionnels seront de nature à offrir une solution satisfaisante à la revendication d'autonomie et de pluralisme juridique. Les procédés territoriaux feront alors apparaître un phénomène d'imbrication minoritaire en cascade, chaque majorité issue de la chirurgie spatiale englobant fatalement des éléments d'autres communautés nationales susceptibles de revendiquer à leur tour le bénéfice de l'autonomie politique nécessaire à la protection de leur identité culturelle propre. Cette réalité des minorités gigognes montre bien que les territoires ne peuvent se plier « à la géographie tourmentée de peuples qui se chevauchent et souvent même se superposent³² ».

Lorsque divers groupes nationaux sont à ce point enchevêtrés sur un même espace qu'aucun ne constitue une majorité stable, la logique des cartes ne pourra alors satisfaire de manière libérale et démocratique les aspirations autonomistes de ces groupes. Dans un contexte de peuplement national composite où la démocratie et les droits de la personne sont méconnus, l'appropriation identitaire du territoire — c'est-à-dire l'idée qu'à chaque identité nationale doit correspondre un territoire — peut engendrer les pires scénarios d'investissement belligène de l'espace. Un auteur a d'ailleurs employé des mots percutants pour décrire ce péril en affirmant ceci : « Une approche exclusivement territoriale du fédéralisme n'est pas innocente, car elle propage une culture d'épuration ethnique, de génocide, de transfert de populations ou, dans le moins pire des cas, d'intégration forcée³³. »

Le principe de personnalité pourrait, en revanche, permettre aux groupes nationaux dispersés ou entremêlés d'être constitués en une unité politique dotée de la personnalité juridique et de se gouverner sans exclusivisme spatial dans les matières essentielles à leur développement national, tout en continuant de cohabiter sur un même territoire sous l'égide de lois communes d'application territoriale régissant de nombreuses affaires de la cité. Il est généralement admis que la formule purement territoriale ne conviendra pas aux groupes nationaux qui, pour des raisons historiques, sont disséminés sur l'ensemble du territoire étatique et ne peuvent donc

32. B. BADIE, *op. cit.*, note 1, p. 255.

33. Voir A. MESSARRA, *loc. cit.*, note 12, 260. Cet auteur écrit aussi que (p. 256-257) « la « généralité de la loi » au sens jacobin dans une société plurale équivaut à l'application de la loi du plus fort au détriment des groupes minoritaires dont toute revendication à la spécificité est qualifiée d'atteinte au principe de la « généralité de la loi » ».

prétendre occuper majoritairement un territoire particulier³⁴. La territorialité pure est aussi problématique pour les groupes dont une partie des membres sont concentrés géographiquement mais dont un autre segment substantiel se trouve en situation minoritaire en dehors du territoire d'implantation historique de la communauté nationale. Pour cette diaspora intra-étatique, la formule territoriale est exclue.

Ces groupes enclavés et irrémédiablement minorisés au sein d'un territoire contrôlé par un autre groupe national trouveront dans le principe de personnalité une formule de nature à tempérer les pressions assimilationnistes de la majorité nationale bénéficiaire de l'autonomie territoriale. Le revers de la capacité du groupe majoritaire de poursuivre au sein de l'État, grâce à la territorialité, son projet national sera en effet la marginalisation possible des altérités nationales présentes sur le territoire.

L'autonomie personnelle pourra aussi convenir dans d'autres cas de figure. Ainsi, il se peut qu'un groupe national bénéficiant de longue date d'une telle forme d'autonomie ne veuille pas remettre en cause les équilibres inhérents à ce *modus vivendi* par ailleurs investi d'une forte légitimité historique, quitte à en moderniser le fonctionnement³⁵. De même, un groupe national majoritaire dans une région donnée et aspirant à une autonomie territoriale peut, par pragmatisme, exercer, à titre transitoire, des compétences purement personnelles à l'égard de ses membres dans des domaines tels que la culture, l'éducation, le droit privé relatif au statut personnel et à la famille de même que les affaires sociales. L'autonomie personnelle comme régime de transition comportera l'avantage de concrétiser progressivement l'autonomie gouvernementale dans plusieurs domaines sensibles tout en évitant que la personnalité soit le prétexte d'une dépossession territoriale³⁶.

Il faut toutefois convenir que, de tout temps, la personnalité des lois en contexte de pluralisme communautaire ou national a été d'un maniement délicat et complexe sur le plan institutionnel. Outre les problèmes de partage

34. S. PIERRÉ-CAPS, *loc. cit.*, note 19, 372; J. MCGARRY et M. MOORE, *loc. cit.*, note 18, 80-82; R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17, 329. Pour une étude du cas particulier des Roms qui se considèrent comme une nation non territoriale, voir I. KLIMOVA ALEXANDER, «Prospects for Romani National Cultural Autonomy», dans E. NIMNI (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 124.

35. Cela semble être le cas des communautés confessionnelles libanaises jouissant d'une forme d'autonomie personnelle: voir A. MESSARRA, *loc. cit.*, note 12.

36. Un auteur a aussi exprimé l'avis qu'une autonomie personnelle pourrait permettre, dans un contexte où l'État de droit et la démocratie restent à consolider, une transition vers une autonomie territoriale porteuse de stabilité: voir R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17, 365.

des compétences, d'organisation judiciaire et administrative, la difficulté principale de ce système tient sans doute au nécessaire rattachement d'un individu à une communauté souvent définie en termes ethnoculturels et aux inéluctables interactions juridiques ponctuant les rapports entre des individus issus de groupes différents mais se côtoyant quotidiennement sur le même territoire. Il suffit d'observer l'expérience des États reconnaissant les statuts personnels pour mesurer la complexité pratique d'enjeux tels que la détermination des critères d'appartenance des individus au groupe, les conditions d'abandon, de changement ou de transmission de statut et la détermination du droit applicable, notamment en présence de relations juridiques entre personnes de statut différent³⁷.

Plus fondamentalement, toutefois, la configuration ethnoculturelle de la communauté politique qu'emporte généralement l'autonomie personnelle paraît sujette à caution à une époque valorisant la diversité culturelle mais aussi la liberté, la mobilité, voire le métissage identitaires des individus. La saisie juridique de l'identité fait craindre, à bon droit, l'enfermement de l'individu dans une altérité imposée, essentialisée et porteuse d'oppression. Tout système forçant un individu à appartenir à un groupe ethnoculturel particulier aux fins de la délimitation des ordres juridiques, et à se conformer à un mode de vie ethniquement ou culturellement déterminé, serait en effet liberticide. Le droit à la différence ne saurait être perverti en un devoir d'être différent.

Dès lors, la critique de l'autonomie personnelle formulée par certains pluralistes libéraux a le mérite de mettre en exergue la nécessité d'éviter toute solution contraignant les individus à opter pour une affiliation nationale ou, pis encore, leur assignant d'autorité une identité nationale ou ethnoculturelle³⁸. À cet égard, certains ont bien montré les dysfonctionnements, au regard des droits et libertés individuels, du modèle libanais de fédéralisme personnel du type confessionnel, notamment en raison de

37. L'outre-mer français offre un terreau fécond aux problématiques de statut propres au principe de personnalité. Voir notamment O. GUILLAUMONT, «La constitution et le statut civil de droit local à Mayotte: état des réformes entreprises et des questions en suspens après la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte», (2003) 11 *Civitas Europa* 43; G. AGNIEL, «Le statut civil coutumier», dans J.-Y. FABERON et G. AGNIEL, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, Paris, La Documentation française, 2000, p. 128; R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie: aux sources d'un droit coutumier judiciaire*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 54, à la page 90.

38. R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17, 338, 342; R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 28, 101-102; G.B. LEVEY, *loc. cit.*, note 26, 160; G. NOOTENS, «Nations, States and the Sovereign Territorial Ideal», dans E. NIMNI (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 51, à la page 57; A. SHACHAR, *op. cit.*, note 16, p. 85.

l'impossibilité pour les individus de se dissocier de tout statut religieux et de l'ordre juridique qui s'y rattache en matière de statut personnel³⁹. Comme le fait observer un auteur, «les frontières d'appartenance peuvent être passablement rigides si elles sont mutuellement exclusives et assignées plutôt que choisies⁴⁰», d'où l'importance de permettre à l'individu de «sortir du déterminisme objectif de sa culture d'origine» si telle est sa volonté⁴¹. La crainte est aussi parfois que l'autonomie personnelle exacerbe les différenciations ethniques au détriment d'un minimum de convivialité interculturelle⁴².

La difficulté de concilier liberté individuelle et personnalité est bien réelle, mais elle n'est pas insurmontable si l'autonomie personnelle s'installe dans un contexte capable d'articuler harmonieusement pluralisme national, démocratie et droits de la personne. Cette difficulté ne doit en outre pas occulter le fait que le principe territorial peut également avoir pour effet d'imposer aux individus des contraintes d'ordre identitaire et culturel dès lors qu'il habilite le groupe dominant à mobiliser les institutions politiques au service de sa culture et de son identité.

Il convient maintenant de voir comment, dans le contexte de l'autonomie gouvernementale autochtone au Canada, l'articulation de la territorialité et de la personnalité peut influencer sur la capacité des peuples autochtones de disposer d'une véritable autonomie politique.

39. Des auteurs ont bien montré les dysfonctionnements, au regard des droits et libertés individuels, du modèle libanais de fédéralisme personnel du type confessionnel, notamment en raison de l'impossibilité, pour les individus, de se dissocier de tout statut religieux. Voir L. GANNAGÉ, «Religion et droits fondamentaux dans le droit libanais de la famille», dans CEDROMA, *op. cit.*, note 7, p. 517; J. SALEM, «Un ordonnancement constitutionnel sous hypothèque, religion et constitutionnalisme au Liban», dans CEDROMA, *op. cit.*, note 7 p. 469; P. GANNAGÉ, «Le principe d'égalité et le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires», dans *L'avenir du droit, Mélanges offerts à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF, 1999, p. 431. Pour une dénonciation récente du sort réservé aux femmes par les autorités des différentes communautés religieuses au Liban, voir A. DEBBIH, «Dans la tourmente libanaise, les femmes perdent au change», *Alternatives*, vol. 2, n° 2, 2005, p. 2.

40. R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17, 365.

41. S. PIERRÉ-CAPS, *loc. cit.*, note 19, 377.

42. R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17, 345. Cet auteur écrit à ce sujet que (p. 365) «le problème de l'[autonomie culturelle] vient du fait qu'elle renforce les frontières des communautés nationales. Les communautés politiques ne peuvent pas, dans l'ensemble, se chevaucher. Si des identités nationales deviennent des communautés distinctes, il leur faut une identité bien délimitée.»

2 La territorialité et la personnalité dans la gouvernance autochtone au Canada

2.1 De la terre ancestrale au territoire

Bien qu'il ne soit pas possible de faire ici l'archéologie de la culture autochtone de l'espace, il faut souligner qu'il n'a pas été démontré à ce jour que l'institution juridique proprement occidentale du territoire soit conforme aux univers politiques et juridiques précoloniaux. Les spécialistes connaissent de mieux en mieux les régimes fonciers des sociétés précoloniales, le rapport matériel et culturel qu'elles entretenaient avec la terre en tant qu'espace souvent sacralisé et foyer de la vie communautaire ; de même, ils font peu à peu la lumière sur les modes de régulation interne des groupes familiaux et claniques avant le contact⁴³. Il n'est pas certain cependant que le territoire ait accédé dans les sociétés précolombiennes à toutes les fonctions politico-juridiques qui lui sont connues dans l'ordre territorial occidental. Autrement dit, la place centrale de la terre dans le monde traditionnel ne se traduisait pas nécessairement par une conception totalisante et monopolistique du pouvoir exerçant son empire en toute matière, sur toute personne et sur toute chose, à la faveur d'un bornage rigoureusement géométrique, unique et fixe de l'espace.

Le rôle de la terre ancestrale correspondait-il parfaitement à celui des frontières politiques de l'État moderne faisant en sorte que la géométrie des cartes l'emportait invariablement, comme critère de l'autorité, sur les liens familiaux, claniques ou tribaux ? Le contrôle sur les personnes passait-il en toute circonstance par le contrôle sur la terre ? De même, le contrôle sur la terre emportait-il toujours *ipso facto* le contrôle en toute matière sur toutes les personnes s'y trouvant ? Un auteur a bien expliqué que, s'agissant des sociétés claniques précoloniales de l'Afrique subsaharienne, il faut se garder de confondre la *terre* traditionnelle—ou le terroir comme marqueur identitaire et référence mythique—avec le *territoire* moderne comme support exclusif et nécessaire d'une autorité plénière⁴⁴. Ce serait peut-être faire preuve d'ethnocentrisme que d'opérer l'amalgame entre la fonction traditionnelle de la terre ancestrale et la fonction contemporaine du territoire entendu dans son acception occidentale⁴⁵.

43. Voir notamment : J.-P. LACASSE, *Les Innus et le territoire : Innu tipenitamun*, Québec, Septentrion, 2004, p. 27, à la page 45 ; J.Y. HENDERSON, « Mikmaw Tenure in Atlantic Canada », (1995) 18 *Dalhousie L.J.* 216.

44. B. BADIE, *op. cit.*, note 1, p. 77.

45. Étienne Le Roy, par exemple, a démontré le décalage entre la territorialité étatique occidentale et la conception dite « odologique » de l'espace dans les cultures pastorales du Sahel : É. LE ROY, « À la recherche d'un paradigme perdu : le foncier pastoral dans les

Quelles qu'aient été les cultures politiques précoloniales de l'espace, l'État colonial, en créant la réserve indienne, a procédé à la fusion de la terre et du territoire dans sa stratégie d'administration des communautés autochtones⁴⁶. C'est-à-dire que le colonisateur a fait correspondre aux droits sur la terre désormais méticuleusement délimitée non seulement le contrôle des rapports entre les personnes et la terre mais aussi l'autorité gouvernementale sur toutes les personnes s'y trouvant. La législation sur les terres indiennes a fixé le régime foncier applicable sur les réserves et créé une administration locale indienne dirigée par un « conseil de bande » dont les pouvoirs réglementaires obéissent strictement au principe occidental de territorialité puisqu'ils sont opposables à toutes les personnes se trouvant dans les limites de la réserve et qu'ils ne s'étendent aucunement en dehors du territoire de la réserve⁴⁷.

Ce modèle colonial de la réserve a fortement influé sur le discours territorialiste qui caractérise souvent les revendications autochtones d'autonomie politique.

2.2 L'incontournable territoire dans la quête d'autonomie gouvernementale autochtone

La quête historique d'une reconnaissance étatique du titre autochtone sur les terres traditionnelles, et d'un contrôle politique de ces terres par les autochtones, constitue un déterminant central des rapports contemporains entre l'État et les premiers peuples. C'est pourquoi la demande de décolonisation des peuples autochtones comporte une incontournable dimension foncière, celle des droits sur la terre, qui se transmute en enjeu territorial dès qu'elle s'accompagne d'une volonté de contrôle des rapports entre les personnes et la terre ainsi que des rapports entre les personnes se trouvant sur cette terre. Il sera facile de comprendre alors qu'un modèle d'autonomie politique qui opérerait dans tous les cas une césure entre la nation, la terre et le territoire, comme celui qui a été imaginé par Karl Renner pour les

sociétés pastorales », dans A. BOURGEOT (dir.), *Horizons nomades en Afrique sahélienne : sociétés, développement et démocratie*, Paris, Karthala, 1999, p. 397, à la page 412.

46. Cependant, la compétence constitutionnelle exclusivement réservée au Parlement du Canada de légiférer relativement aux « Indiens » offre un exemple classique de compétence personnelle. Le Parlement s'est, d'emblée, investi de cette compétence pour définir les conditions d'inscription au registre des « Indiens » et pour mettre en place certains éléments d'un statut personnel indien.

47. *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), c. I-5.

minorités d'Europe centrale et orientale, serait dénué de légitimité dans le contexte de l'émancipation politique des peuples autochtones⁴⁸.

Un tel modèle ne cadrerait pas non plus avec le droit étatique tel qu'il s'est développé depuis l'affirmation coloniale de souveraineté. Ce droit tend en effet à postuler un rapport de consubstantialité entre la terre et le territoire en faisant correspondre spatialement les droits fonciers autochtones et le contrôle politique des rapports entre les personnes et la terre autochtone. Dès les premiers temps de la colonisation européenne, et surtout depuis la *Proclamation royale de 1763* reconnaissant et protégeant les droits préexistants des autochtones sur leurs terres traditionnelles⁴⁹, l'accès à ces terres et leur contrôle ont été un enjeu central des relations entre les peuples autochtones et l'État. Le titre ancestral reconnu et confirmé d'abord par la common law⁵⁰ et ensuite par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁵¹ inscrit durablement la question foncière dans le champ de la territorialité puisque ce titre emporte une maîtrise collective exclusive des terres traditionnellement occupées par un groupe autochtone⁵². De même, les traités modernes conclus depuis les années 70 ont permis de régler la question des droits fonciers et de préparer ainsi la mise en place d'institutions politiques autonomes sur les terres nouvellement bornées.

Il y a ici superposition juridique du foncier et du politique puisque le rapport traditionnel à la terre fonde simultanément le titre foncier et une territorialité de droit public. La terre accède alors au statut de territoire ; la collectivité « propriétaire » acquiert *ipso jure* la qualité de corps politique. La formule québécoise reconnaissant le droit des peuples autochtones « de se gouverner sur les terres leur appartenant en propre⁵³ » exprime à merveille cette superposition de principe du terroir et du territoire. La politique du gouvernement fédéral relative à l'autonomie gouvernementale des peuples autochtones repose aussi largement sur le postulat qu'une

48. Voir aussi P. PATTON, « National Autonomy and Indigenous Sovereignty », dans E. NIMNI (dir.), *op. cit.*, note 18, p. 118-119.

49. *Proclamation royale de 1763*, S.R.C. 1970, app. II, n° 1.

50. *Calder c. Colombie-Britannique* (*Procureur général*), [1973] R.C.S. 313.

51. *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11). Le premier paragraphe de l'article 35 dispose ceci : « Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. »

52. *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010 (ci-après cité : « affaire *Delgamuukw* ») ; *R. c. Marshall* ; *R. c. Bernard*, [2005] 2 R.C.S. 220.

53. Voir le principe n° 6 de la section « Les 15 principes », dans QUÉBEC, SECRÉTARIAT AUX AFFAIRES AUTOCHTONES, *Les fondements de la politique du gouvernement du Québec en matière autochtone*, Québec, Les Publications du Québec, 1988, p. 4.

collectivité titulaire de droits fonciers sur un espace donné devra naturellement y exercer un pouvoir politique⁵⁴.

L'autonomie gouvernementale des communautés occupant majoritairement un espace foncier reconnu et sécurisé passera donc par des compétences territoriales importantes qui seront la clé d'une protection et d'une mobilisation des ressources communautaires pour le développement de la collectivité et le financement de l'autonomie. Ces compétences s'étendront notamment à l'ensemble des questions relatives aux terres et aux ressources, à l'environnement et à l'aménagement du territoire. Voilà des domaines d'action qui permettront de solliciter de manière privilégiée les cultures et les traditions juridiques autochtones. Ces compétences seront aussi essentielles pour la mise en œuvre de politiques économiques et fiscales propices à la production et à la redistribution d'une richesse autochtone qui fait cruellement défaut à l'heure actuelle.

Quant aux communautés ne possédant pas encore de terres propres officiellement reconnues par le droit étatique, et qui estiment avoir été dépossédées de leur domaine traditionnel, elles considèrent généralement l'accès à un statut territorial comme la condition d'une autonomie gouvernementale digne de ce nom.

Il ne saurait donc être question d'appliquer un modèle purement personnel d'autonomie pour tous les peuples autochtones vivant au sein de l'État. Cependant, il ne conviendrait pas non plus d'opérer la fusion intégrale de la terre et de la territorialité en établissant une connexion inéluctable entre le contrôle autochtone de la terre et le contrôle des personnes. Cette connexion serait en effet doublement problématique en raison de la dispersion et de l'enchevêtrement croissant des populations. D'une part, l'affirmation du primat de la terre et de la cartographie linéaire sur les liens communautaires empêchera toute autonomie autochtone là où il n'y a pas de contrôle autochtone de la terre, c'est-à-dire à l'extérieur des emprises foncières exclusives. D'autre part, l'assujettissement de toutes les personnes se trouvant sur les terres autochtones aux lois de la communauté autochtone contrôlant ces terres, sans en même temps territorialiser les droits politiques, comporterait un grand risque d'instaurer un ersatz de territorialité qui ferait l'impasse sur l'exigence démocratique du territoire moderne. En d'autres termes, la fusion de la terre et du territoire ne ferait alors que projeter dans l'horizon de la gouvernance autochtone contemporaine la figure coloniale de la réserve, petit enclos indépassable réputé ethniquement homogène.

54. CANADA, *Guide de la politique fédérale : l'autonomie gouvernementale des autochtones*, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux, 1995, p. 26.

2.3 Au-delà du territoire : les autochtones dispersés en milieu allochtone

Le modèle historique de la réserve régie par les lois fédérales successives portait un double projet propre à la territorialité ethnique coloniale. Il consistait, d'une part, à territorialiser les autochtones et, d'autre part, à « autochtoniser » le territoire. La territorialisation des autochtones devait être opérée par la fixation résidentielle de la communauté et de ses organes administratifs locaux dans les limites de la réserve, alors que l'« autochtonisation » du territoire passait par la notion d'occupation réservée en principe aux autochtones. Or le projet a échoué sur les deux fronts.

La territorialisation des autochtones s'est révélée impossible compte tenu de leur mode de vie rendant nécessaire leur présence au-delà des réserves, de l'insuffisance des terres de réserve et de la mobilité des populations propre au contexte social et économique contemporain. De nombreux autochtones se livrent à des activités de prélèvement des ressources sur les terres traditionnelles bien au-delà des limites des terres sous le contrôle exclusif de la communauté. Les membres de celle-ci, souvent la majorité, quittent le territoire communautaire pour se disperser dans les régions à majorité non autochtone environnantes ou dans les centres urbains⁵⁵. En outre, certaines collectivités autochtones sont disséminées sur le territoire étatique⁵⁶, soit parce qu'elles ne vivent pas sur les terres qui leur appartiennent⁵⁷, soit parce qu'elles ne disposent pas de terres exclusives

55. À titre d'exemple, selon le recensement de 2001 réalisé par Statistique Canada, 976 305 personnes déclarent une identité autochtone et environ 28 p. 100 de ces personnes vivent dans des centres urbains. La population autochtone présente dans les centres urbains aurait, par conséquent, doublé et même, dans certains cas, triplé, notamment en raison de facteurs démographiques comme la mobilité : voir A.J. SIGGNER et R. COSTA, *Situation des peuples autochtones dans les régions métropolitaines de recensement de 1981 à 2001*, série «Tendances et conditions dans les régions métropolitaines de recensement», publication autorisée par le ministre responsable de Statistique Canada, Ottawa, Industrie Canada, 2005. De plus, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien estime qu'en 2005 environ 40 p. 100 de la population inscrite vit hors réserve, voir : MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Mobilité et migration des Indiens inscrits : une analyse des données du recensement de 1996*, [En ligne], [www.aicn-inac.gc.ca/pr/ra/rimm/rimm_f.pdf] (1^{er} décembre 2006).

56. Il n'est pas question ici de considérer les autochtones vivant en milieu allochtone et venant de diverses nations territoriales comme une sorte de « nation autochtone composite » sans territoire. Pour des propositions de gouvernance autochtone non territoriale fondée sur une communauté d'intérêts plutôt que sur la nation, voir, notamment, CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, t. 2, Ottawa, La Commission, 1996, p. 172, aux pages 175, 300 et 308.

57. C'est le cas au Québec, par exemple, de la Première Nation malécite et de la bande algonquine de Hunter's Point.

et ne pourront pas en obtenir dans un avenir immédiat⁵⁸, phénomène qui ne pourra que s'accroître avec la reconnaissance graduelle des droits ancestraux des Métis⁵⁹. Au total, la majorité des autochtones à qui le gouvernement canadien reconnaît pourtant un droit à l'autonomie ne se trouvent pas aujourd'hui sur un espace apte à servir de substrat matériel à un gouvernement⁶⁰.

Le discours traditionnel postulant l'appartenance organique de l'autochtone à sa terre d'enracinement immémoriale, discours relayé par les juristes qui souvent définissent l' "autochtonité" par un véritable déterminisme territorial⁶¹, est mis à mal par cette dispersion et ce mélange

58. Selon le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, des dizaines de bandes indiennes n'ont pas de terres réservées en vertu de la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 47. Par exemple, selon le *Manuel de la classification des bandes*, les bandes suivantes se trouvent dans cette situation : la nation micmaque de Gespeg, Wolf Lake, Animbiigoo Zaagi'igan Anishinaabek, Caldwell, McDowell Lake, Missanabie Cree, Sandpoint, Smith's Landing First Nation, New Westminster, Tsay Keh Dene, Deline, West Point First Nation ; MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Manuel de la classification des bandes*, [En ligne], [www.ainc-inac.gc.ca/pr/pub/fnnrg/2005/bande_f.pdf] (1^{er} décembre 2006). Voir également MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *Profil des collectivités*, [En ligne], [sdiprod2.inac.gc.ca/FNProfiles/] (1^{er} décembre 2006).

59. Seules les communautés métisses de l'Alberta disposent de leurs propres terres communautaires sur lesquelles elles exercent une forme de gouvernement local : voir *Metis Settlement Act*, R.S.A., (2000), c. M-14. Voir aussi CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, t. 4, Ottawa, La Commission, 1996, p. 275, à la page 282.

60. R. GROVES, « Territoriality and Aboriginal Self-Determination : Options for Pluralism in Canada », dans R. KUPPE et R. POTZ (dir.), *Law & Anthropology, International Yearbook for Legal Anthropology*, t. 8, The Hague/Boston/London, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 123, aux pages 124-125.

61. Rappelons que selon la définition de travail des peuples autochtones proposée par le rapporteur spécial de l'Organisation des Nations Unies (ONU), Martinez Cobo, le territoire serait une caractéristique déterminante de la différence autochtone, puisque les terres traditionnelles « constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple » : voir J.R. MARTINEZ COBO, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Publications des Nations Unies, Doc. off. CES NU, 1986, E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4/, para. 379. Voir également E.-I., A. DAES, *Les peuples autochtones et leur relation à la terre*, Publications des Nations Unies, Doc. Off. CES NU, 2001, E/CN.4/Sub.2/2001/21, aux paras. 12 à 20. Par ailleurs, la Réunion d'experts de l'ONU écrit que « les territoires autochtones et les ressources qu'ils contiennent sont essentiels à l'existence physique, culturelle et spirituelle des peuples autochtones et à la jouissance effective de l'autonomie et de l'auto-détermination » : RÉUNION D'EXPERTS CHARGÉS D'EXAMINER L'EXPÉRIENCE DES PAYS DANS LE DOMAINE DE L'APPLICATION DE PLANS D'AUTONOMIE INTERNE EN FAVEUR DE POPULATIONS AUTOCHTONES, *Mise en œuvre du programme d'action pour la deuxième décennie de la lutte contre le racisme et la discrimination raciale : rapport de la Réunion d'experts chargés d'examiner l'expérience*

croissant des populations. Il semble en effet de plus en plus difficile de faire comme si l'autochtone coupé du terreau ancestral perdait de ce fait son « autochtonité » et sa volonté de participer à la vie de son peuple. Les données relatives aux migrations des Indiens inscrits à l'extérieur du territoire communautaire indiquent d'ailleurs que « le flux migratoire des réserves vers les villes est plus faible que le flux des villes vers les réserves »⁶². Ce fait donne à penser qu'une proportion significative des migrations sont temporaires ou cycliques de sorte que les personnes visées maintiennent des liens effectifs avec leur communauté.

Par ailleurs, de nombreux autochtones ne résidant pas sur les terres communautaires récusent d'emblée la conception purement territoriale de la nation et de son autonomie politique. En témoigne notamment la forte revendication du droit de vote aux élections des conseils de bande aux fins de la *Loi sur les Indiens* par les autochtones de la diaspora. Cette revendication exprime non seulement un sentiment d'appartenance mais aussi une volonté d'intégration à une communauté politique fondée sur le lien personnel plutôt que contrainte par les canons de la territorialité. En se fondant sur le principe constitutionnel de non-discrimination pour reconnaître le droit de vote aux membres des bandes indiennes vivant hors réserve lors des élections régies par la *Loi sur les Indiens*, la Cour suprême est venue consacrer la représentation de la bande comme une communauté politique transcendant le territoire⁶³.

Ajoutons que, s'ils entendent mobiliser la logique des droits ancestraux et issus d'un traité au service de la revendication d'autonomie, les acteurs politiques devront admettre que la jouissance de ces droits repose, dès lors qu'il ne s'agit pas de droits fonciers, sur l'appartenance au groupe plutôt que sur le lien territorial⁶⁴.

des pays dans le domaine de l'application de plans d'autonomie interne en faveur de populations autochtones, New York, Nations Unies, Conseil économique et social, 1991. Les experts canadiens adoptent le même point de vue qu'illustre bien, notamment, la position de P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, Toronto, University of Toronto Press, 2001, p. 106.

62. VOIR MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN, *op. cit.*, note 55.

63. *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203. Cette « déterritorialisation » de la bande aux fins de la participation à une gouvernance qui, elle, reste territoriale devrait également valoir pour les bandes qui choisissent leurs dirigeants selon la coutume de la bande : voir G. OTIS, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada », (2004) 49 *McGill L.J.* 409-416.

64. La Cour suprême a précisément reconnu que plusieurs droits ancestraux ne comportent pas nécessairement de dimension territoriale, voir : affaire *Delgamuukw*, précitée, note 52, par. 138 et 178 ; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 56.

La nécessité de dépasser le réflexe territorial pour tenir compte de la dispersion des autochtones en milieu allochtone semble faire consensus dans les travaux de recherche⁶⁵, outre qu'elle est admise par le gouvernement fédéral⁶⁶. De fait, le principe de personnalité se manifeste progressivement, quoique de façon timide, dans les récents accords ou traités relatifs à l'autonomie gouvernementale autochtone⁶⁷. Il reste à voir si ces accords réunissent les conditions qui permettront à une véritable autonomie personnelle de s'installer de manière effective et ainsi de favoriser l'expression démocratique des cultures juridiques autochtones dans le respect des droits individuels.

Il est d'ores et déjà possible d'observer que, pour certaines communautés enserrées depuis des générations dans les confins juridiques et psychologiques de la réserve, le passage à un mode plus complexe de gouvernance personnelle réunissant potentiellement l'ensemble de la nation dans le giron d'un démos «déterritorialisé» ne s'opérera pas aisément. Ces communautés pourront privilégier une démarche progressive leur permettant de cheminer vers des compétences personnelles en fonction de leur degré de préparation organisationnelle et financière, du niveau de

65. R. GROVES, *loc. cit.*, note 60, 146; CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 59, p. 172, 287 et 290; J. WEINSTEIN, *Aboriginal Self-determination off a Land Base*, Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 1986; P. PATTON, *loc. cit.*, note 48, 120; J. MCGARRY et M. MOORE, *loc. cit.*, note 18, 82.

66. CANADA, *op. cit.*, note 54, p. 23-24.

67. *Accord définitif Nisga'a*, conclu le 27 avril 1999; *Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador et Sa Majesté la reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la reine du chef du Canada*, conclu le 22 janvier 2005; *Entente de principe d'ordre général entre les Premières Nations de Mamuitun et de Nutashkuan et le gouvernement du Québec et gouvernement du Canada*, conclu le 31 mars 2004; *Accord sur le gouvernement Anishnaabe*, conclu le 7 décembre 2004 (il doit être approuvé et ratifié par les Premières Nations et par le Canada); *Accord sur les revendications territoriales et l'autonomie gouvernementale entre le peuple tlicho et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest et le gouvernement du Canada*, ratifié le 25 août 2003 [ci-après *Accord Tlicho*]; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation des Kwanlin Dun*, conclue le 19 février 2005; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Kluane*, conclue le 18 octobre 2003; *Entente sur l'autonomie gouvernementale du conseil des Ta'an Kwach'an*, conclue le 13 janvier 2002; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Little Salmon/Carmacks*, conclue le 21 juillet 1997; *Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Selkirk*, conclue le 21 juillet 1997; *Entente sur l'autonomie gouvernementale des Tr'ondëk Hwëch'in*, conclue le 16 juillet 1998; *Autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank*, conclue le 3 octobre 2003; *Entente de principe tripartite*, entre les Premières Nations Meadow Lake, Sa Majesté la reine du chef du Canada et Sa Majesté la reine du chef de la Saskatchewan, conclue le 22 janvier 2001; *Entente de principe relative à l'autonomie gouvernementale des Gwich'in et des Inuvialuit du Delta de Beaufort*, conclue le 16 avril 2003.

coopération sur lequel elles peuvent compter de la part de l'État, de l'importance à la fois politique et numérique de leur diaspora ainsi que de leurs priorités en matière de développement social et économique. La transition vers l'exercice de compétences personnelles significatives serait sans nul doute facilitée par la création d'institutions supracommunautaires issues d'un regroupement politique des petites collectivités locales. La mise en place de tels « agents collectifs autochtones plus englobants⁶⁸ » créerait des institutions capables d'exercer de manière coordonnée et efficiente des responsabilités importantes à l'égard d'une communauté politique transcendant naturellement les repères territoriaux habituels des collectivités. Les autorités issues d'une fédération des collectivités locales pourraient sans doute plus facilement convenir avec les autorités étatiques de modalités de coopération pour l'application des lois autochtones et la prestation de services aux membres de la nation résidant à l'extérieur des territoires autochtones.

Les tentatives actuelles d'introduire des éléments de personnalité dans les accords d'autonomie concernent essentiellement des communautés occupant des terres formellement délimitées. Or l'autonomie personnelle pourrait d'emblée être privilégiée comme régime transitoire par les peuples qui n'occupent pas aujourd'hui de terre propre soit parce qu'ils ne possèdent aucun espace juridiquement reconnu, comme la majorité des communautés métisses, soit parce qu'ils n'envisagent pas s'établir à court ou à moyen terme sur le domaine qui est le leur. Pour les autochtones revendiquant légitimement des droits historiques à l'égard de terres précises, la personnalité ne serait pas envisagée comme une solution de rechange à la demande relative aux terres et aux ressources, ce qui perpétuerait la dépossession séculaire des autochtones, mais comme un jalon important sur la voie du règlement le plus prompt et équitable possible de cette demande.

C'est pourquoi il ne devrait pas être question de subordonner l'accès à l'autonomie au règlement du problème foncier et territorial. En faisant de l'acquisition d'une emprise spatiale la condition préalable et nécessaire de l'autonomie, les autorités étatiques et les autochtones pourraient causer un tort considérable à la vitalité culturelle de collectivités déjà fragilisées et désarticulées par leur dispersion en milieu allochtone. Dans le processus de négociation d'une nouvelle relation entre l'État et les autochtones, la question foncière est la plus sensible puisqu'elle implique une redistribution

68. J. LECLAIR, « L'aménagement institutionnel de la diversité », dans P. NOREAU et J. WOEHRLING (dir.), *Appartenances, institutions et citoyenneté*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 127-128 ; CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 56, p. 198-199.

durable de la richesse ainsi qu'une reconfiguration identitaire des espaces, et aussi parce qu'elle pose le problème de l'articulation des pouvoirs respectifs des provinces et des autochtones sur la terre et les ressources. L'expérience montre que des décennies peuvent s'écouler avant que ces nouveaux équilibres vitaux puissent être arrêtés. En attendant le grand jour de l'aboutissement territorial, les pressions assimilatrices de la culture majoritaire n'auront eu de cesse d'affaiblir une communauté qui sera alors d'autant moins apte à profiter de l'autonomie territoriale.

De plus, les collectivités sans territoire auront souvent d'abord besoin de reconstituer ou de revitaliser un tissu communautaire évanescent et les institutions nécessaires à une cohésion nationale, ce que facilitera une compétence personnelle sur des matières telles que l'éducation, la famille, la santé, les affaires sociales et la culture. Cette phase transitoire d'autonomie purement personnelle sera dans ce cas d'autant plus adaptée que ces communautés n'auront pas l'expérience de la gouvernance territoriale moderne à laquelle elles auront plus de temps pour se préparer.

L'autonomie personnelle pourra aussi être envisagée comme solution durable, plutôt que transitoire, pour les collectivités dispersées, y compris celles dont la revendication territoriale fera ultimement l'objet d'une réponse favorable. Il est en effet probable que la délimitation d'un territoire officiellement reconnu pour une communauté dispersée de longue date ne mettra pas complètement fin à cette dispersion. Si le territoire reconnu ne coïncide pas substantiellement avec le milieu de vie habituel des individus et des familles, il n'est pas acquis qu'il y aura migration de la majorité vers les terres nouvellement délimitées⁶⁹. Dans ce cas de figure, le territoire fraîchement borné représenterait au premier chef un capital foncier à valoriser dans l'intérêt de la communauté plutôt que le siège effectif de la régulation des personnes et des relations sociales. Il semble à tout le moins certain que le dénouement de la question territoriale générera de nouvelles diasporas que l'autonomie purement territoriale ne permettra pas d'intégrer à la vie de la communauté.

2.4 Les «minorités intérieures» en territoire autochtone

Le projet colonial d'«autochtonisation» du territoire par la réserve n'a pu empêcher la présence constante, bien qu'elle soit souvent limitée et discrète, au sein de la communauté, d'individus et de familles consi-

69. Mentionnons aussi que l'accroissement des territoires communautaires existants, à la faveur du règlement d'une revendication territoriale, ne suscitera pas nécessairement un massif retour au berceau de la diaspora et ne mettra donc pas davantage fin à la dispersion du groupe.

dérés comme non-membres⁷⁰. En fait, plusieurs communautés comptent aujourd'hui des minorités substantielles de non-membres sur leur territoire⁷¹, même si cette mixité *de facto* ne s'est pas traduite par des droits formels de participation politique pour ceux-ci. Ainsi, encore aujourd'hui les droits politiques aux fins de la *Loi sur les Indiens* sont personnels en ce qu'ils sont le monopole de ceux qui ont le statut de membre de la bande⁷².

Non seulement les territoires autochtones ne sont pas toujours aussi culturellement homogènes qu'on le pense, mais ils semblent destinés à connaître une diversité croissante. Les mariages mixtes continueront certes d'être un facteur significatif dans l'afflux de non-membres, mais d'autres éléments liés au règlement progressif des revendications territoriales viendront s'ajouter pour faire de l'imbrication des populations une donnée durable de la gouvernance autochtone. En effet, la conclusion de traités modernes entraînera, dans bien des cas, la délimitation de territoires autochtones souvent substantiellement plus vastes que les réserves traditionnelles. Ce nouveau découpage territorial fera que de plus en plus de non-membres verront leurs résidences rattachées à des territoires autochtones. En outre, le fonctionnement des nouvelles institutions autochtones et l'activité économique susceptible de résulter du règlement des revendications requerra une main-d'œuvre composée en bonne partie de non-membres qui viendront s'établir en milieu autochtone⁷³.

Selon la doctrine territoriale classique, toutes les personnes résidant sur un territoire sont régies par la loi et bénéficient de celle-ci qui est donc d'application universelle sans égard aux appartenances communautaires.

70. Dans certaines situations exceptionnelles, la majorité des résidents ne seront pas membres de la bande ; voir le cas de Westbank en Colombie-Britannique où la population non autochtone est estimée à plus de 160 000 personnes, alors que seules 4 220 personnes ont déclaré une identité autochtone lors du recensement de 2001 effectué par Statistique Canada.

71. Selon les données recueillies par Statistique Canada lors du recensement de 2001, quelques communautés autochtones du Québec comprennent une minorité non autochtone supérieure à 15 p. 100. Ainsi en est-il des communautés d'Odanak (28,2 p. 100), de Wôlinak (31,5 p. 100), de Wendake (24,6 p. 100), d'Essipit (26,4 p. 100) et de Kuujuaq (18,8 p. 100). Les données concernant plusieurs communautés ne sont toutefois pas disponibles.

72. Voir la *Loi sur les Indiens*, précitée, note 47, art. 2 et 75.

73. Par exemple, Kuujuaq est devenu, dans la foulée de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois* conclue en 1975, un important centre administratif régional où vivent maintenant 19,3 p. 100 de non-Inuits, selon les données recueillies lors du recensement de 2001 par Statistique Canada. Plus de 20 p. 100 de la main-d'œuvre au Nunavik est non autochtone : voir J.-J. SIMARD, *La réduction : l'autochtone inventé et les Amérindiens d'aujourd'hui*, Québec, Septentrion, 2003, p. 226.

C'est dire que la territorialité s'étend à la sphère politique puisque la théorie démocratique de l'État associe étroitement citoyenneté, égalité politique et droit de vote. Ainsi, la participation égale de tous les citoyens de l'État à l'exercice de la souveraineté par les corps législatifs constitue un attribut essentiel de la citoyenneté, ce qui explique que dans une fédération territoriale «chaque membre de la polité est à la fois citoyen fédéral et citoyen de la province où il réside⁷⁴». Par conséquent, le groupe national majoritaire jouissant d'une autonomie territoriale ne peut faire autrement que de traiter ses minorités intérieures comme des citoyens à part entière. L'autonomie territoriale s'instaure alors en principe en harmonie avec une citoyenneté commune elle-même territoriale. Au Canada, une telle citoyenneté est consacrée à l'article 3 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui énonce que «tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales et provinciales».

Dans le contexte d'une autonomie politique autochtone qui n'est pas fondée sur le modèle politique et juridique des droits ancestraux, tous les citoyens résidant dans une région à majorité autochtone pourront être intégrés au sein d'une communauté politique territoriale, comme c'est le cas au Nunavut⁷⁵. C'est également le modèle proposé pour un éventuel gouvernement autonome au Nunavik⁷⁶. Il en ira autrement si, notamment parce que la situation géographique et démographique du territoire ne permet pas d'assurer aux autochtones une majorité stable, le paradigme des droits ancestraux est privilégié comme principe structurant de l'autonomie autochtone. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'étroite corrélation des droits ancestraux sur la terre et des compétences normatives induit nécessairement la «territorialisation» du pouvoir pour toutes les matières se rapportant aux aspects fonciers et à la gestion ou à l'usage des ressources. En d'autres termes, la propriété communautaire et exclusive des terres emporte un pouvoir du groupe autochtone sur l'usage de ces terres par toutes les personnes qui s'y trouvent, qu'elles soient ou non membres de la communauté titulaire du titre collectif. En outre, dans la logique des droits ancestraux dont ferait partie le droit inhérent à l'autonomie gouvernementale, ces droits seraient par nature réservés

74. R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17, 333.

75. Dans ce cas toutefois, certains droits collectifs relatifs aux terres et aux ressources reconnus par l'*Accord entre les Inuit de la région du Nunavut et Sa Majesté la reine du chef du Canada*, conclu en 1993, et, ce faisant, certaines prérogatives en ces matières, conservent un fondement ethnoculturel exclusif.

76. Voir COMMISSION DU NUNAVIK, *Partageons : tracer la voie vers un gouvernement pour le Nunavik. Rapport de la Commission du Nunavik*, Québec, Secrétariat aux affaires autochtones, 2001, p. 10-11.

aux seuls membres du groupe titulaire du titre collectif, de sorte que les personnes n'appartenant pas à ce groupe ne pourraient participer aux décisions collectives inhérentes à l'exercice de tels droits. C'est ainsi que, par exemple, les traités modernes fondés sur les postulats du titre ancestral tendent à perpétuer le modèle historique de la réserve qui «territorialise» la compétence sur les terres et les ressources tout en personnalisant les droits de participation aux décisions qui sont réservés aux seuls membres du groupe détenant le titre territorial⁷⁷.

Alors qu'ils seront assujettis aux lois autochtones relatives à l'usage privé ou commun de la terre et des ressources, y compris les lois fiscales, les citoyens canadiens appartenant aux minorités vivant à l'intérieur de l'entité territoriale autonome ne pourront jouir de droits politiques leur permettant de participer en pleine égalité à la gouverne collective de ces questions. Une telle asymétrie entre la territorialité des lois et la personnalité des droits politiques pose le problème de la légitimité démocratique de la gouvernance autochtone. Comme l'écrit un auteur, «la citoyenneté ethnique qui prévaut dans les collectivités autochtones exclut bien des résidents d'autres origines qui y exercent pourtant des fonctions sociétales essentielles : éducation, santé, services sociaux, aviation, infrastructures matérielles, planification des décisions, etc.⁷⁸».

Il n'est guère douteux que, lorsqu'ils agissent aux termes d'un droit ancestral ou d'un droit issu d'un traité qui s'en inspire, les organes autochtones centraux sont l'équivalent fonctionnel et organique des corps législatifs fédéraux et provinciaux puisque, dans ce cas, leur autonomie est constitutionnellement garantie et ne découle d'aucune autorité législative

77. Ainsi, l'*Accord définitif Nisga'a*, précité, note 67, prévoit une compétence territoriale sur les questions foncières : voir GOVERNMENT OF BRITISH COLUMBIA, MINISTRY OF ABORIGINAL RELATIONS AND RECONCILIATION, *Nisga'a Final Agreement*, chap. 11, art. 44-58, [En ligne], [www.gov.bc.ca/arr/negociation/nisgaal/docs/nisgaal_agreement.htm] (1^{er} décembre 2006). Voir également, l'*Accord Tlicho*, précité, note 67, à son article 8.4.1d) ; l'*Entente sur l'autonomie gouvernementale de la Première Nation de Kluane*, précitée, note 67, art. 13.3 (les ententes visées par la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des Premières Nations du Yukon*, L.C. 1994, c. 35, se conformément au même modèle) ; ainsi que l'*Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador, Sa Majesté la reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la reine du chef du Canada*, précité, note 67, partie 17.9. Or, l'*Accord définitif Nisga'a* prévoit par ailleurs un droit limité de participation aux résidents visés par ces questions (chap. 11, art. 19 et suiv.) ; voir également l'*Accord Tlicho*, art. 7.1.2 d), e) et f), et l'*Accord sur des revendications territoriales entre les Inuit du Labrador, Sa Majesté la reine du chef de Terre-Neuve-et-Labrador et Sa Majesté la reine du chef du Canada*, art. 17.9.7 ; enfin, les ententes conclues au Yukon prévoient toutes un gouvernement ethnique.

78. J.-J. SIMARD, *op. cit.*, note 73, p. 224. Voir aussi J. LECLAIR, *loc. cit.*, note 68, 138-139.

hiérarchiquement supérieure⁷⁹. Il est aussi certain que les citoyens canadiens soumis à l'autorité d'un corps législatif reconnu sur le plan constitutionnel ne s'attendent guère à être traités comme s'ils étaient des étrangers dans leur propre pays⁸⁰.

Malgré cela, la constitution n'étend pas la logique de citoyenneté fédérale aux communautés politiques autochtones, l'article 3 de la Charte canadienne ne mentionnant expressément que les élections fédérales et provinciales⁸¹. En outre, l'exclusivité autochtone dans la jouissance et l'exercice des droits ancestraux, ce qui comprend le droit de participer aux décisions collectives s'y rapportant, bénéficie, en vertu de l'article 25 de la Charte, d'une dérogation expresse au principe de non-discrimination par ailleurs inscrit dans cette même charte⁸². La loi fondamentale institue donc au profit des autochtones ce qui pourrait être appelé une « concitoyenneté à géométrie variable⁸³ » leur donnant tous les droits démocratiques, en tant que citoyens canadiens, au sein des institutions étatiques communes mais leur réservant une « paracitoyenneté » ethnoculturelle sans équivalent pour les entités fédérées.

La protection constitutionnelle des droits ancestraux des peuples autochtones, y compris le droit inhérent à l'autonomie, ayant pour objet de sécuriser des collectivités ethnoculturelles minoritaires et historiquement désavantagées, il peut paraître légitime, lorsque le territoire autochtone constitue une petite enclave en milieu très majoritairement allochtone, de garantir un contrôle autochtone sur l'exercice de ces droits par la restriction du corps électoral aux seules personnes appartenant à ces peuples. Chacun peut comprendre la crainte de dépossession ou de conflits que ferait naître l'élargissement des droits politiques aux non-membres sur les questions

79. Voir G. OTIS, « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte ? », dans G. OTIS (dir.), *Droit, territoire et gouvernance des peuples autochtones*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 146, à la page 149. La Cour a eu tort dans l'affaire *Campbell c. Colombie-Britannique*, [2000] 4 C.N.L.R. 1, de comparer sur ce point le gouvernement Nisga'a aux institutions municipales (voir par. 160 et 161).

80. C'est ainsi que des non-autochtones, habitant sur le territoire de la Première Nation de Westbank, en Colombie-Britannique, ont contesté, en se fondant sur la Charte canadienne, un projet d'autonomie gouvernementale ne leur reconnaissant pas les mêmes droits politiques que ceux qui sont accordés aux membres de la Première Nation de Westbank : voir *Hardy v. Westbank First Nation*, [2003] B.C.J. No. 2540 (C.S.C.-B.).

81. *Campbell c. Colombie-Britannique*, précité, note 79 ; *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995, 1031.

82. G. OTIS, *loc. cit.*, note 79, 158-159 ; *Campbell c. Colombie-Britannique*, précité, note 79.

83. C. TAYLOR, « Les raisons du self-government autochtone », dans T. FLANAGAN (dir.), *Premières Nations ? Seconds regards*, Québec, Septentrion, 2002, p. 247, à la page 254.

liées aux droits ancestraux. S'il est envisageable donc de se ranger au point de vue de ceux qui voient dans une concitoyenneté à géométrie variable un accommodement raisonnable⁸⁴, il faut néanmoins éviter de pousser plus loin que nécessaire cette entorse à l'idéal d'une véritable démocratie égalitaire et pluraliste.

Il sera tout à fait possible, dans un grand nombre de cas, de préserver la mainmise des autochtones sur l'exercice de leurs droits historiques singuliers tout en évitant une territorialité dérogatoire aux principes démocratiques. En effet, si la maîtrise foncière exclusive du groupe autochtone a pour effet de « territorialiser » la compétence législative en matière foncière, il n'en va pas ainsi des autres prérogatives associées à l'autonomie gouvernementale faisant l'objet d'un droit ancestral ou issu de traité. Dès lors, une entente relative à l'autonomie destinée à mettre en œuvre le droit inhérent devrait appliquer dans les domaines autres que ceux qui se rapportent au contrôle de la terre le principe de personnalité qui aurait pour effet de soustraire à l'autorité autochtone les non-membres vivant sur le territoire communautaire⁸⁵. C'est d'ailleurs ce que prévoient certains accords récents⁸⁶. Pour les matières personnalisées, les non-membres appartenant à une diaspora autochtone pourront relever de la compétence personnelle de leur communauté, alors que les non-autochtones seront régis par les lois étatiques. Les non-membres ne tombant pas sous le coup des lois autochtones, ils ne sauraient prétendre, au nom du principe démocratique, à des droits politiques leur permettant de participer à l'élaboration de ces lois. Leurs droits démocratiques s'exerceront, pour les matières personnalisées, au sein des institutions représentatives étatiques ou autochtones dont ils relèveront.

La majorité autochtone, pour sa part, sera assurée, grâce au principe de personnalité, de contrôler à long terme non seulement la gestion des terres et des ressources, mais aussi l'exercice de prérogatives essentielles liées aux questions sociales, familiales et culturelles. Dans ce contexte, le principe de personnalité vient atténuer fortement le déficit de légitimité démocratique des institutions gouvernementales autochtones et favoriser la coexistence de populations hétérogènes sur les territoires à majorité

84. *Id.*, p. 252-253.

85. Cette hypothèse a d'ailleurs été envisagée par le gouvernement canadien dans son document de politique sur l'autonomie gouvernementale des autochtones : CANADA, *op. cit.*, note 54, p. 13.

86. Au sujet des compétences personnelles sur le territoire communautaire, voir, notamment, l'*Accord définitif Nisga'a*, précité, note 67, l'*Accord Tlicho*, précité, note 67, l'*Autonomie gouvernementale de la Première Nation de Westbank*, précitée, note 67, et l'*Accord sur le gouvernement Anishnaabe*, précité, note 67.

autochtone. Il diminue en effet le risque d'aliénation des non-membres qui, bien qu'ils n'aient pas exactement les mêmes droits politiques que les ressortissants de la majorité ethnoculturelle, échapperont au pouvoir autochtone pour une gamme de questions d'une grande importance pour eux. Il leur sera alors plus facile d'envisager un compromis et d'accepter une formule de démocratie atténuée pour les questions relevant de la compétence territoriale autochtone⁸⁷.

Par ailleurs, la majorité autochtone, n'ayant pas à partager le pouvoir avec les non-membres eu égard à l'ensemble des questions essentielles à son développement et à sa culture, se sentira moins menacée par leur présence et pourra être moins encline à recourir, afin de pérenniser son contrôle du territoire et des institutions, à un zonage ethnoculturel à la fois négateur de la liberté de mouvement et dommageable sur le plan économique et social⁸⁸. En définitive, la résistance au sein de la société majoritaire à l'émergence de gouvernements « ethniques » ou « fondés sur la nation » pourrait s'en trouver réduite, ce qui faciliterait de la sorte le mouvement d'émancipation politique des peuples autochtones.

Conclusion

Dépasser le territoire sans le renier, voilà donc la direction à prendre au Canada pour aménager l'espace constitutionnel nécessaire à l'autonomie politique autochtone. Pour la majorité des peuples autochtones, la terre et ses ressources constitueront le support de compétences gouvernementales se traduisant par un contrôle de la terre et des rapports entre les personnes et la terre.

Ce serait toutefois une erreur de tenir pour indissolublement liés le contrôle de la terre et le contrôle des personnes. Depuis des siècles, le principe de personnalité des lois a joué dans le monde un rôle de sauvegarde des cultures hétérogènes dans un contexte de peuplement composite des espaces. Or, l'enchevêtrement des populations allochtones et autochtones s'inscrit durablement dans l'évolution démographique du Canada. Une

87. Voir la recommandation de la Commission royale sur les peuples autochtones : CANADA, COMMISSION ROYALE SUR LES PEUPLES AUTOCHTONES, *op. cit.*, note 56, p. 324. Ainsi, l'*Accord définitif Nisga'a*, précité, note 67, prévoit un droit de consultation pour les non-Nisga'a (chap. 11, art. 19 et suiv.).

88. Partisan de la territorialité, Bauböck n'a pas vu cet avantage de l'autonomie personnelle en contexte autochtone, ce qui l'amène à tenir pour légitime et valide le contrôle étroit de la liberté de mouvement sur les territoires autochtones : voir R. BAUBÖCK, *loc. cit.*, note 17.

obéissance stricte aux diktats de la territorialité pourrait créer une impasse préjudiciable au rayonnement de l'action normative des peuples autochtones et à leur aptitude à faire participer le plus grand nombre possible d'autochtones à l'autonomie gouvernementale.

Ainsi, la capacité des communautés autochtones dotées d'une assise territoriale de mobiliser, de maintenir et de valoriser leurs cultures et traditions propres pourrait être hypothéquée s'il leur était impossible d'y intégrer, par la personnalisation des compétences, les individus appartenant à ces communautés mais situés à l'extérieur des terres relevant du contrôle exclusif de la communauté et disséminés sur l'espace étatique. Le cas de l'exercice de droits de prélèvement des ressources sur les terres traditionnelles par les membres de la communauté à l'extérieur de l'emprise foncière exclusive illustre de manière particulièrement forte la corrélation essentielle entre la pérennité des traditions juridiques autochtones et le principe de personnalité. Ces activités qui sont au cœur des régimes juridiques traditionnels se rapportant à la terre et aux ressources devront impérativement relever de la compétence personnelle de la communauté titulaire des droits de prélèvement.

En outre, en raison de la nature même des matières «personnalisables» (à savoir, notamment, le statut personnel, la famille, les questions culturelles, la justice, l'éducation et les affaires sociales), le principe de personnalité sera susceptible de mobiliser les valeurs les plus centrales de la conscience identitaire d'une communauté. Ce facteur pourra favoriser l'affirmation de la différence culturelle dans l'ordre juridique autochtone et ainsi permettre à la communauté d'interroger son héritage afin de tracer sa propre trajectoire entre traditionalisme et modernité. Cet aspect du principe de personnalité revêtira une grande importance pour les communautés qui n'ont pas encore de territoire propre et qui ne pourront, de manière réaliste, se voir reconnaître à court terme des droits exclusifs sur des terres. Une autonomie personnelle transitoire pourrait être la clé du renforcement de la cohésion communautaire et de la revitalisation des traditions juridiques se rapportant aux personnes ainsi qu'aux institutions sociales et culturelles. Pour certaines de ces communautés, le règlement de la question territoriale pourrait ne pas suffire à mettre fin à leur dispersion minoritaire en milieu allochtone de sorte que, dans ce cas, les compétences personnelles s'avèreront une solution permanente.

Par ailleurs, la concitoyenneté égalitaire et démocratique au sein de l'État impose en principe une articulation cohérente entre l'exercice de la puissance publique et les droits politiques des citoyens de l'État ; à la territorialité du pouvoir gouvernemental de contrôler tous les citoyens devrait normalement correspondre la territorialité des droits démocratiques, donc

leur reconnaissance pour tous les citoyens de l'État vivant sur le territoire. Or le système constitutionnel canadien permet de déroger à la territorialité démocratique et d'instaurer une personnalité des lois politiques pour l'exercice des pouvoirs autochtones découlant des droits ancestraux ou issus de traités. C'est dire que, dans la mesure où le pouvoir autochtone se fonde sur la logique des droits ancestraux, ce pouvoir peut n'être exercé que par les membres du groupe autochtone titulaire des droits. La Constitution s'écarte ici d'une manière fondamentale du principe de territorialité au profit d'un statut personnel politique. Par conséquent, le principe de personnalité devrait s'appliquer de manière à soustraire les non-membres vivant en territoire autochtone à l'application des lois autochtones se rapportant à un ensemble de matières «personnalisables» n'influant pas sur le contrôle autochtone de la terre. Le principe de personnalité viendra alors conforter la légitimité démocratique du pouvoir autochtone. Faire jouer de la sorte ce principe en faveur des non-membres facilitera la coexistence harmonieuse des populations sans compromettre la mainmise des peuples autochtones sur l'exercice de leurs droits historiques.

La conclusion centrale de notre étude est donc qu'il est devenu nécessaire de développer des solutions institutionnelles hybrides alliant territorialité et personnalité dans la gouvernance autochtone contemporaine. Pour un groupe de matières intimement liées au contrôle de la terre et des rapports entre les personnes et la terre, ce qui comprend les nombreuses questions se rapportant à l'usage commun de l'espace, le principe de territorialité s'imposera dès lors qu'une communauté aura des terres pouvant servir de substrat à cette compétence. Pour un autre groupe de matières, la compétence autochtone pourrait être personnelle puisqu'elle serait limitée aux seuls membres sans que ceux-ci aient à résider sur un territoire autochtone. De telles institutions reflétant la réalité contemporaine des peuples autochtones permettraient de progresser vers le dépassement de la réserve coloniale.